

丝绸之路经济带中亚国家 投资准入障碍与法律对策

■陈辉萍

中亚各国近年成为世界各国竞相投资的地区,我国企业受“一带一路”战略的鼓舞,在未充分了解丝绸之路沿线国对外资开放的产业、对外资审查要求的情况下,就盲目投资。应该注意的是,我国与中亚各国签订的投资条约没有规定国民待遇,没有特别的开放市场的承诺,我国投资者在中亚投资面临激烈的国际准入竞争。中亚各国国内外资立法比较落后,对外国投资准入存在较多要求和限制,成为我国投资者进入的壁垒和障碍。

[关键词]投资;准入;投资条约;丝绸之路经济带;中亚

[中图分类号]D996 [文献标识码]A [文章编号]1004-518X(2017)05-0032-07

[基金项目]福建省社会科学规划项目“中资企业赴丝绸之路经济带国家投资的准入障碍与法律对策”(FJ2015A025)、厦门大学2016年国际法创新团队项目

陈辉萍,厦门大学法学院教授、博士生导师。(福建厦门 361005)

“丝绸之路经济带”由习近平主席2013年9月访问哈萨克斯坦时首创,因为哈国是古丝绸之路最重要的沿线国之一。哈萨克斯坦(哈)、吉尔吉斯斯坦(吉)、塔吉克斯坦(塔)、乌兹别克斯坦(乌)和土库曼斯坦(土)这五个中亚国家,是古代丝绸之路的主要沿线国,也是当代丝绸之路经济带的核心国。丝路战略重在推进区域合作,特别是贸易、投资、交通等领域的合作。从投资角度说,丝路战略是我国“走出去”战略的继续和深化,必将进一步激发我国企业海外投资的热情。中亚地域辽阔,资源丰富,近年来经济复苏,成为外国投资的重要目的地之一。哈国是该地区最大经济体,其吸引的外资占整个中亚吸引外资的70%以上。^①故本文常举哈国为例。在丝绸之路经济带战略推动下,我国对中亚的投资将再掀高潮。但是,很多企业可能不了解中亚投资环境而盲目进军中亚。

在中资企业赴中亚国家投资时,首先要考虑是否获准进入的问题即准入问题。外资准入是指东道国允许接受何种投资、投资的领域、投资准入的条件和外国投资审批等内容。准入从本质上讲是一国国内法所管辖的事项,主要是基于国家安全和利益的考虑。^{[1](P320)}习惯国际法承认,东道国可以自主决定是否允许或根据什么条件允许外国投资者进入本国。^{[2](P84-85)}在新设投

资和并购投资这两种外国投资方式中,都存在准入问题。调整外资准入的法律主要是一国国内法。但是,一国也可以通过签订国际条约,赋予外国投资者准入方面的特殊待遇。例如,一些国家在双边投资条约中,允许外国投资者在准入阶段享有不低于本国投资者的待遇和权利,即通称的“国民待遇”。一国国内法和其所签订的国际投资条约共同构成该国外资准入的法律体系。对中资企业而言,投资中亚必须了解东道国在准入方面的相关国内法和国际法。

虽然中亚是我国企业海外投资较为理想的地区之一,但是,我国企业在投资中亚时也面临激烈的国际竞争。囿于我国与中亚各国签订的投资条约的局限性,我国投资者与来自其他国家的投资者相比,处于相对不利的地位。中亚各国国内法对外国投资也存在各种限制。此外,某些法律和实践虽然并不是为了限制外资进入,但事实上构成了外资准入的障碍。我国企业在受“一带一路”战略鼓舞的同时,要保持清醒的头脑,谨慎投资。作为政府,我国有必要与中亚各国加深合作,力争从国际法和国内法两个层面适当消除不必要的准入障碍,促进相互投资,共同建设丝绸之路经济带。

一、中资企业投资中亚面临激烈的国际准入竞争

中亚丰富的自然资源、日益密切的区域内和区域间联系,以及广阔的经济前景,使之正在崛起为一个重要的外国投资目的地。在中亚投资的国际竞争相当激烈。在哈国,外国直接投资由发达国家投资者主导——特别是荷兰(在金融服务、油气方面)以及美国和法国(油气)。中国和俄罗斯投资者近几年来在油气产业的投资也很活跃。^{[3](P14)}在吉国和塔国,俄罗斯、法国、加拿大、瑞士等国投资者占主导地位。^{[3](P35)}在乌国,中国和俄罗斯是目前最大的外国投资来源国,主要集中在油气和电子通讯产业。^{[3](P14)}可见,中资企业在中亚的竞争对象是来自俄罗斯、荷兰、美国、法国、加拿大、瑞士等发达国家的投资者。然而,与这些投资者相比,中资企业在准入方面明显处于不利地位。

如前所述,外资准入首先是国内法问题。但一国可通过缔结国际条约给予外国投资者及其投资特殊待遇和保护,包括准入方面的待遇和保护。在国内法和国际条约并存的情况下,原则上二者都可适用于外国投资者及其投资,但当二者发生冲突时,通常应以国际条约的规定为优先适用。中亚各国与世界很多国家(包括中国)都签订有各种与投资有关的条约,然而条约内容各不相同,关于准入的规定也各有差异。这些条约包括全球性条约、区域性条约以及双边条约。总体而言,从国际条约的角度看,中国企业投资中亚在激烈的全球竞争中,处于不利的地位。

在全球性条约中,目前尚无专门的综合性的投资条约。但世界贸易组织(WTO)有若干协议与投资有关。由于我国与哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、俄罗斯、荷兰、美国、法国、加拿大、瑞士等都是WTO成员,在WTO框架下,哈、吉、塔三国与外资准入有关的承诺,我国与俄、荷、美等发达国家的投资者均可同等享受、公平竞争。

在中亚各国参加的区域性条约中,与投资有关的最重要条约主要是《能源宪章条约》。该条约是调整能源领域贸易与投资的重要国际条约。中亚五国均因富有能源,都是该条约的成员国,其他成员国包括俄罗斯、英国、德国、法国、荷兰、澳大利亚等发达国家。根据该条约,成员国承诺给予其他成员国投资者准入前国民待遇和最惠国待遇,减少对外资进入的限制,逐步消除现有对外资准入的限制。^②然而,中国不是该条约的成员国。因此,相较而言,中国投资者在中亚投资于能源领域时,不能获得该条约所给予的准入方面的国民待遇和最惠国待遇,也意味着中

国在与来自该条约的成员国的投资者竞争时,处于不利地位。

就双边条约而言,中国与中亚五国均签订有保护和鼓励外国投资者及其投资的双边投资条约(BIT),但中国仍不具有投资优势。因为我国与中亚五国签订的BIT年代久远。中国与哈(1992)、塔(1993)、吉(1992)、土(1992)的BIT是20世纪90年代签订的,中乌BIT于1992年签订,于2011年更新。在20世纪90年代他们刚从苏联分离出来不久签的,待遇标准比较低,连国民待遇都没有,更遑论准入前国民待遇了。相比之下,日本于2009年与乌国签订的BIT是中亚五国中第一个涉及投资自由化的投资协定,规定了准入前阶段的国民待遇和最惠国待遇,还禁止实施会阻碍投资的业绩要求,^③这都是消除准入前投资障碍的措施。日本于2014年与哈国也签订了包含上述内容的BIT。因此,日本的投资者投资于中亚,比中国投资者能够得到更优惠的投资准入待遇。

综上所述,我国与中亚五国签订的国际投资条约并不能促进各国对我国投资者开放市场,我国投资者在准入方面没有得到好处。面对本已激烈的国际投资竞争,我国投资者在投资条约保障方面又输了一筹。

二、中资企业投资中亚面临东道国各种有形无形的障碍和限制

中亚国家为吸引外资,近些年制定或修改了较为开放的国内投资法律体系,包括外国投资法、经济特区法、许可证法、创业法、土地法典、生态法典等。此外,各国还颁布大量与外资有关的总统令,构成其外资法的重要组成部分。中亚各国法律原则上对外资实行国民待遇和非歧视待遇,允许外资投向法律许可或不禁止的部门和行业。但是,仍有不少法律法令以各种方式禁止或限制外资进入某些行业或部门,为外资准入设置各种条件或限制。还有些国家对一些商业行为要求特定的许可,而这些许可往往只有本国人才有可能获得,从而仍然对外资的进入设定了一定的限制。

除了法律明文规定对外资进入的禁止或限制这种法律上的准入障碍,还有一种是事实上的障碍,即法律没有明文禁止或限制,但对外国资本或外国人有额外的要求或限制,导致外国资本或外国人没法全部或部分达到,导致在事实上阻却外资的进入。

这些法律障碍和事实障碍都不利于我国企业投资中亚。

(一) 法律上的障碍

对于外国投资,各国一般将本国产业分为鼓励、允许、限制、禁止投资四类。除了鼓励类,其他均属于外资准入有障碍的类别。中亚五国均以法律法规法令的方式设置直接的准入条件或限制,包括对外资准入范围、准入方式等的限制。

1.对准入行业或部门的禁止。某些战略产业是禁止对外资开放的。例如,中亚各国都不允许外国对农业用地拥有所有权。再如,乌国不允许外国人拥有航空公司、铁路和发电设备。

2.对准入行业或部门的限制。中亚的很多产业是限制开放的,一些国家通过中央和地方法律法规,对外资投资的领域进行限制。很多有潜力的部门是限制外国投资进入的,特别是战略资源和重点行业,例如石油、天然气、矿产、媒体、银行和旅游业等。中亚各国对农业用地的租赁也是严格限制。在允许农业用地租赁的国家,租期的长短迥异,例如哈萨克斯坦和乌兹别克斯坦最多允许10年,塔吉克斯坦允许长达50年。^{[3](P39)}

对外资进行限制的方式包括要合资或设定投资比例、需获得额外的许可。

其一,合资要求或设定外资投资比例。外资企业形式包括独资、合资等,一些产业允许外资独资,例如,在哈国,移动电话运营商允许外资独资。但是,很多行业要求外资以合资等方式设立或并购企业,例如,石油开采、加工和运输,固定电话业务,在中亚都不允许外国公司独立经营。一些国家对外资的投资比例设定限制,从而限制外资。例如,根据哈国2012年的《国家安全法》,对于与大众传媒有关的法律实体,禁止外国自然人和法人拥有、使用、控制或管理超过20%的股份;对于与电子通讯有关的法律实体,禁止外国自然人和法人拥有、使用、控制或管理超过49%的股份。^④哈国其他法律还规定,外资银行的资本份额不得超过国内所有银行总资本的25%,建筑行业中,外资只能以合资形式进入,且外资持股比例不得超过49%。此外,保险业、土地、矿产都在限制投资比例之列。

其二,需获得额外的许可。哈国、吉国和乌国均有许可制度。2014年哈国制定了《许可和通知法》,罗列了那些需要获得执照或许可的领域和活动,例如,建筑、城市规划和建设、油气、信息技术和通讯、农业、交通等。^⑤除了《许可和通知法》外,哈国不同部门还颁布很多法令,对不同领域获得许可设定不同的限制要求。

3.对股权转让的限制。外资还常常通过收购股权的方式收购、兼并当地已有企业。中亚五国对于股权转让也有限制。这种限制包括股权转让需获得许可,以及国家享有优先权,这使得外资通过并购方式获得当地企业股份的概率大大下降,进入这些行业的机会减少。

4.对外资新设或并购的审批制。有的国家对外资实行逐案审批制,导致较大的自由裁量权,使外资能否进入具有不确定性,从而形成准入障碍。例如,乌国要根据每一个外资项目的具体情况来决定是否与之签订提供保障和优惠的协议。要考虑的主要因素有:投资项目是否属于能够保障经济稳定增长的优先发展领域,是否能够大幅度地改善国家的经济结构,是否能够加强和扩大国家的生产能力和出口潜力,是否属于能够促进原材料加工、消费品生产和服务、增加居民就业的中小企业发展项目。

5.对外资新设或并购的国家安全考量。中亚各国没有像美国那样有专门的国家安全审查制度,但是,国家安全从来就是其审查外资的主要考虑因素之一。例如,基于国家安全考虑,哈国以法律法令的形式规定了一些限制或禁止外资从事的活动和领域。^⑥虽然外资法没有明确禁止或限制外资进入,但外资法一般都规定有例外条款,即基于保障国家安全的需要,可以确定限制或禁止投资的活动种类和地区。国家安全考虑的随意性较大,很可能构成准入障碍。

6.对外资新设或并购的反垄断审查。哈国法律规定,在对外资企业给予登记之前要先进行反垄断审查,审查对象包括为市场主导的或相关市场有垄断地位的法律实体、国有企业和国家有超过50%股(参与注册资本的部分)的法律实体及其在哈领土上营业的子公司。^⑦可见,国有企业是反垄断审查的重点,而我国目前对外投资的主体还主要是国有企业,这就增加了我国企业被审查的概率。

外资并购当地企业,也要受东道国的反垄断审查。例如,哈国2008年的《竞争和限制垄断活动法》规定,有可能导致垄断的公司并购需要由反垄断委员会的审核和许可。这有可能导致东道国以垄断为由拒绝外资以并购方式进入该国。

(二)事实上的障碍

环保要求的障碍。随着对环保的重视,进入21世纪,哈出台《环境法典》、《水法典》和《土地法典》等,均涉及环保条款。哈国2013年又提出“绿色经济”计划,加强环保要求。环保要求越来越高,环境排污费和无污染钻井费用等环保收费日渐提高,不但加重了企业的经济负担,还可

能成为外资进入的壁垒。

劳动力许可方面的障碍。投资他国,一般要带去自己的高层和中层管理人员和技术人员。如果东道国不允许或限制外国劳动力进入,则对外国投资也会造成很大的影响。中亚各国普遍严格控制外国劳工的输入。虽然我国与中亚各国签订的BIT都要求东道国协助投资者获得签证和工作许可^⑧,但这一规定不是强制性义务,是否获得签证和工作许可仍然受限于各国的国内法。

投资法律与政策的不稳定性。中亚属大陆法系,国内法治程度较低,国内经济和法律都处于转型阶段,新的法律法规频繁出台,修改频率也很高,对外资限制越来越多,缺乏可预见性。在全国性法律之外,愈来愈多地使用地方法规和规章,导致法律的差异性很大。在实际操作中,常以总统令、政府规定等文件,调整外商和外国投资的活动,投资政策较不稳定。这对外资进入也会构成准入障碍。

“资源民族主义”新政策的障碍。中亚是资源大国,近年民族主义抬头,“资源民族主义”(resource nationalism)思潮兴起,国家想办法从其自然资源中获取更大利益,包括与外国投资者重启谈判,要求提高本国对开发资源的公司的股份,或要求外国投资者转让更多股份给东道国。这有可能构成国有化或征收,必然会损害外国投资者的利益,包括中资企业。

综上,法律上和事实上的各种准入限制和障碍,会严重阻碍外资进入,包括我国企业投资中亚各国,也不利于我国与中亚各国共同建设“丝绸之路经济带”。

三、促进中资企业进入中亚的法律对策

作为投资者,在作出投资决策前,有必要先了解东道国关于外资准入的规定,寻找适当的可以投资的产业或行业。对中资企业而言,也要先了解中亚各国法律法规,尽量避开这些障碍,投向允许投资的产业,并尽可能遵守相关的当地法律。

如前所述,外资准入原则上属于一国主权的范围,我们给予应有的尊重。在国际法和国内法允许的范围内,可以尽量消除一些不适当的准入限制或障碍。而这种消除不是私人投资者能够做到的,需要由国家政府出面。本文重点从国家有所作为的角度提出若干建议。因为我国与中亚各国签订的BIT没有关于外资准入的规定,我国投资者不能通过国际条约获得较大的准入权,从而在国际竞争中处于劣势。所以,我国可以在国际法层面的有所作为来消除障碍。此外,目前中亚各国的障碍集中在他们各自的国内法中,故有必要推动他们的国内立法与更新。

(一) 国际法层面

更新中国与中亚各国的BIT。在国际法层面,特别是国际投资条约方面,有必要更新现有的BIT,规定准入前国民待遇和最惠国待遇。在我国推行“丝绸之路经济带”战略背景下,现有的BIT已无法满足鼓励和保护中资企业赴中亚投资的宗旨和目的。这些BIT的有效期均为15年,现已到期,随时可以重新谈判予以更新。在更新BIT时,建议给予外资享有准入前国民待遇,同时要有准入前最惠国待遇条款,分享日后该国给予其他国家的更优惠的待遇。2009年乌国与日本签订的涉及投资自由化的双边投资条约,这无疑是中国在与中亚五国重新谈判BIT时可以借鉴的。中国与美国正在谈判BIT,双方同意使用准入前国民待遇及负面清单模式,这将大大开放中国对美国投资者的资本准入市场。中国可以循着这一思路与中亚各国签订新的BIT。

中国可加入《国际能源宪章条约》。中亚五国都是《能源宪章条约》的成员国,该条约对外资

开放的范围较大,对外资保护的标准比较高。如果中国加入该条约,中资企业进入中亚各国的能源行业时,就能享受该条约赋予的种种优惠待遇,包括准入方面的国民待遇。中国加入该条约不是不可能。中国2001年12月就成为该条约的受邀观察员国。2015年,《能源宪章条约》成员国通过了《国际能源宪章宣言》,拟通过对原有条约的各条款进行修改将该条约全球化,最终签署新的《国际能源宪章条约》,真正实现全球能源法治化。我国参加并签署了该《宣言》,成为签约观察员国,日后可能加入新的宪章条约。

中国可以考虑与中亚各国签订FTA。迄今中亚五国之间并未签订区域自由贸易协定(FTA),中国可以考虑与他们签订中国-中亚FTA。UNCTAD认为,中国正在与日本、韩国的三方自由贸易协定谈判,该协定可以成为中国与中亚丝绸之路国家间自由贸易协定的范本。^{[3](P13)}

中国还可以考虑在上海合作组织的框架下签订FTA。上海合作组织本来说鼓励成员国在经贸领域的有效合作,已经设有投资促进专业工作组。

中国还可以考虑签订中国-欧亚经济联盟FTA。欧亚经济联盟是在原来的欧亚经济共同体基础上于2015年1月1日正式启动,终极目标是建立类似于欧盟的经济联盟。俄杜马主席谢尔盖·纳雷什金于2016年提议建立欧亚经济联盟-中国自贸区,保障欧亚经济联盟发展与“丝绸之路经济带”建设对接,以及在未来同中国和其他亚洲国家建立自贸区。^⑨哈国总统在2015年国情咨文中也提出,今后几年努力的方向之一是通过欧亚经济联盟与主要地区经济体(包括中国)签署自由贸易协定。^⑩

(二)国内法层面

中亚各国均奉行国际法优于国内法的政策,一旦参加国际条约,其国内法便要符合所加入的国际条约的规定。中国若与中亚各国更新BIT,签订FTA,这些条约中较为先进的各种理念,便可能被中亚各国国内法吸收。

在国内法层面,鼓励中亚各国提高立法质量,增强开放度。对东道国而言,随着对外开放进程的扩大,一国观念也会改变,开放程度会渐渐提高,相应地,也会修改国内法。正如我国在20世纪80年代改革开放之初,国内外资法从无到有、从限制到逐步开放,到现在的尝试“准入前国民待遇+负面清单”管理模式。中亚各国在签订新一代BIT后,也可据此“倒逼”国内外资法修改,从而开放更多产业,减少对外资的法律障碍。

在能力建设方面,中亚各国与中国关系紧密,作为一带一路战略之一,我们可以协助他们建设较为完善的国内法治。中国与亚非法律协商组织的模式值得借鉴。李克强总理在2015年4月出席亚洲-非洲法律协商组织年会时,宣布中国将出资设立“中国-亚非法律协商组织国际法交流与研究项目”,习近平总书记在随后的亚非领导人会议上宣布,将该项目作为我国加强与亚非国家合作的具体举措。该项目可以提高各国的法治理念、立法水平、条约谈判能力等。

四、结 论

“一带一路”战略鼓励对外投资,对我国今后经济发展有重要意义。中亚地区作为丝绸之路沿线国的最重要的国家,拥有丰富的自然资源,是我国企业较为理想的投资目的地。如果我国政府及企业能够通过国际法、国内法等途径,有效消除中亚地区对外资准许的不适当的限制和法律障碍,将有助于我国企业投资该地区。

注释:

①笔者根据UNCTAD数据估算。参见UNCTAD, Investment Guide To The Silk Road (2014), New York and Geneva, 2014, p. 13.

②参见The Energy Charter Treaty, Article 10 (2)–(5).

③参见Agreement between Japan and the Republic of Uzbekistan for the Liberalization, Promotion And Protection of Investment, Articles 2 & 5.

④参见The Law of the Republic of Kazakhstan “On National Security”。

⑤参见《许可和通知法》，该法只有哈萨克语和俄语版本，网址是<http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1400000202#z244>。

⑥参见Article 275(2) of the Entrepreneurial Code 2015。

⑦哈萨克斯坦共和国1995年4月17日No.2198《关于法人的国家登记与分支机构和代表处登记注册法》(更改及补充于2014年9月29日),第6条法人国家登记的顺序。

⑧例如,《中华人民共和国政府和哈萨克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第2条规定:“缔约一方将根据其法律和法规为在其领土内从事与投资有关活动的缔约另一方公民获得签证和工作许可提供协助。”

⑨俄杜马主席:有必要建立欧亚经济联盟-中国自贸区,国际文传电讯社,2016-04-12,参见http://fta.mofcom.gov.cn/article/fzdongtai/201604/31299_1.html。

⑩“Kazakhstan in a new global reality: Growths. Reforms. Development”. Its fourth chapter is called “A New Investment Policy Framework”, Available at <http://www.akorda.kz/en/addresses/state-of-the-nation-address-by-president-of-kazakhstan-nursultan-nazarbayev-november-30-2015>.

[参考文献]

[1]左海聪.国际经济法[M].武汉:武汉大学出版社,2014.

[2]Wallace Cynthia, Legal Control of the Multilateral Enterprise, Martinus Nijhoff, 1983.

[3]UNCTAD, Investment Guide To The Silk Road (2014), New York and Geneva, 2014.

【责任编辑:宋 晴】